

## La domestication de la pensée juridique québécoise

David Howes

Volume 13, numéro 1, 1989

Ordres juridiques et cultures

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/015058ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/015058ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département d'anthropologie de l'Université Laval

ISSN

0702-8997 (imprimé)

1703-7921 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Howes, D. (1989). La domestication de la pensée juridique québécoise. *Anthropologie et Sociétés*, 13(1), 103-125. <https://doi.org/10.7202/015058ar>

### Résumé de l'article

La domestication de la pensée juridique québécoise

Cet article examine l'histoire de la culture juridique québécoise depuis les années 1840 jusqu'à aujourd'hui. la transformation de ses moyens et de ses rapports de communication. On y montre que la culture des années 1840 était encore à prédominance orale, et que la tradition orale dans l'organisation du savoir, à savoir la rhétorique et le débat, persista, malgré la codification des lois du Bas-Canada en 1866. jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle. Durant les années 1920. par contre, on insista plutôt sur l'analyse et l'exégèse, la logique de l'écriture (et de la codification) ayant finalement été intériorisée par le corps judiciaire. Cette intériorisation eut un impact énorme sur le contenu du système juridique, comme le suggère l'ouvrage de J. Goody. *The Domestication of the Savage Mind*.

# LA DOMESTICATION DE LA PENSÉE JURIDIQUE QUÉBÉCOISE

David Howes



*When a lawyer writes a brief or makes an argument, in court or in a negotiation, he offers us his best performance of the state of his art, as does the lawyer who opposes him. Between them they provide a momentary definition of the resources and limits of their legal culture.*

J.B. White. *When Words Lose Their Meaning*

Le Québec est un pays de droit civil, qui participe à un ordre juridique de tradition dite romano-germanique, dont l'origine relève des *Institutes* de Justinien (Watson 1981). Cette situation juridique fait du Québec une province unique, entourée qu'elle est de neuf provinces qui appartiennent à l'autre grand « système juridique » du monde, d'inspiration anglaise : celui de la *common law*. Du moins est-ce l'avis des juristes québécois du XX<sup>e</sup> siècle (voir Baudouin 1975). P.B. Mignault<sup>1</sup>, juge à la Cour suprême du Canada de 1918 à 1929, fut l'un des premiers à expliquer cette idée ainsi : « Une cloison étanche et infranchissable sépare les deux grands systèmes juridiques [du Canada]. [...] Il n'y a pas immixtion ou absorption de l'un au profit ou au détriment de l'autre » (Mignault 1932 : 206 et 211).

Cette vision du Canada comme un pays de deux solitudes juridiques est si répandue maintenant, que le commentaire suivant, émis trente ans plus tôt par F.P. Walton<sup>2</sup>, paraît surprenant : « En Écosse, comme au Québec et en Louisiane, le droit se situe à mi-chemin entre la *common law* et le droit civil. Aussi s'est-il largement inspiré de ces deux sources » (Walton 1899 : 338-339).

Il y a une contradiction évidente entre ces descriptions de deux moments différents à l'intérieur d'une même tradition. Selon Walton, les juges et avocats du XIX<sup>e</sup> siècle se faisaient un devoir de « multiplier les sources de dialogue juridique » (Glenn 1987 : 297), alors que Mignault et ses contemporains s'acharnaient plutôt à limiter leur discours à un corpus de sources bien définies.

Comment expliquer ce passage des juristes québécois d'un « habitus » (Bourdieu 1986a) cosmopolite à un habitus provincial, ce remplacement d'une

1. P.B. Mignault fut antérieurement professeur de droit civil à l'université McGill.

2. Également professeur de droit à l'université McGill.

disposition « inclusive » concernant les sources du droit par une disposition « exclusive » ? La thèse que je développe dans cet article verrait un autre cheminement possible qui explique le passage de la culture juridique québécoise d'une forme « orale » à un mode « écrit » ou « lettré ».

Selon W.J. Ong (1958), le genre de pensée et d'expression qui caractérise une culture orale est celui du dialogue ou du discours, tandis qu'une culture écrite insiste plutôt sur l'analyse et l'exégèse. Dans *The Domestication of the Savage Mind*, et encore plus récemment dans *The Logic of Writing and the Organization of Society*, J. Goody explique ce phénomène de la façon suivante :

[...]by creating a text 'out there', a material object detached from man (who created and interprets it), the written word can become the subject of a new kind of critical attention. That is not only because it is 'out there', but because we cannot, as Plato observed, pose questions which the text itself can answer back, unlike the human beings to whom we talk [...] Moreover the creation of the legal text involves a formalization (e.g. a numbering of the laws), a universalization (e.g. an extension of their range by the elimination of particularities) and an ongoing rationalization.

Goody 1986 : 129

La rationalisation est due au fait que l'écriture engendre un examen particulièrement minutieux des paroles émises. Elle permet d'apercevoir certaines contradictions subtiles qui seraient moins évidentes à l'intérieur d'un discours oral. L'écriture est également une des conditions préalables au raisonnement syllogistique et à la pensée logique comme ensemble formel de procédures analytiques.

La loi, dans les sociétés orales, ne contient pas de logique (dans le sens de la spécialisation) : les concepts juridiques tendent vers une certaine ambiguïté plutôt que vers l'abstraction ou la généralisation. Les contradictions implicites y sont nombreuses et les transcriptions des procès ne présentent à la lecture aucune suite logique (Goody 1986 : 140-142). L'écriture, elle, permet à la fois à certains concepts et contradictions, ainsi qu'au processus de raisonnement lui-même, de se présenter de façon plus explicite, sobre et objective, et de développer ainsi le potentiel analytique de l'esprit humain (Goody 1986 : 142 et 1977 : 11-12, 46-51).

Bien que l'écriture ait certainement la capacité de transformer la conscience juridique comme l'indique Goody, je soutiens par contre que la rationalisation d'une culture juridique ne dépend pas uniquement de la textualisation de ses sources. Elle dépend également de celle des techniques et méthodes d'interprétation de ces sources. Autrement dit, l'écriture doit prendre la place de la parole comme *le mode* autant que le sujet de la pensée. Ceci expliquerait l'anarchie des genres du raisonnement juridique au Québec, qui persista bien au-delà des années 1840, date de la parution des premiers recueils judiciaires, et de la promulgation du Code civil du Bas-Canada en 1866. Ce dernier se présenta comme un « travail de codification, de mise en forme et en formule, de neutralisation et de systémisation » (Bourdieu 1986b : 14) de proportions classiques, mais on ne remarqua son influence sur le système juridique que vers les années 1930. Ce n'est qu'alors qu'apparut la « logique immanente » (Bourdieu 1986b : 14) de ce texte, qui en acquit, par conséquent, « l'illusion de com-

plétude » (Macdonald 1985 : 590). Cela est dû au fait que la « raison textuelle », ainsi que la vision de la loi comme système logique des positivistes ou « lettrés » (ces derniers étant en constante minorité dans le Québec du XIX<sup>e</sup> siècle), a finalement pris le dessus sur la « raison orale », et sur la vision de la loi comme champ de lutte rhétorique entre les « nomades juridiques » de la culture légale traditionnelle.

Si cette thèse est juste, on peut en conclure que l'histoire de la culture juridique au Québec correspond au modèle de division par étapes de l'histoire de la culture occidentale, vu sous l'angle de l'évolution de ses moyens et rapports de communication :

The separation of knowledge from speech is an extraordinarily difficult accomplishment, which each literate society must struggle to achieve, over a prolonged span of time, with a different outcome. The chirographic culture of classical antiquity introduced a new ideal, namely, an abstract, formal logic. Nevertheless, the oral tradition in the organization of knowledge, *e.g.* rhetoric and disputation, persisted from classical antiquity through the Middle Ages into the Renaissance.

Lowe 1982 : 3; voir aussi Detienne 1988

Par analogie, la période se situant entre 1763 et 1866 au Québec correspond au stade oral de la culture occidentale, la période de 1866-1914 au stade chirographique, et celle entre les deux guerres mondiales au stade typographique, avec l'équivalent entre 1920 et 1930 au Québec de la Renaissance en Europe<sup>3</sup>.

Cet essai est donc une étude de la « domestication » (Goody 1977) de la pensée juridique québécoise, ou de la « colonisation » de celle-ci par la logique de l'écriture. Plus précisément, c'est une lecture du Code civil du Bas-Canada, une enquête visant à dévoiler l'objectif caché de sa rédaction aussi bien que de sa forme, de sa réception, et enfin de sa réification. Je voudrais démontrer comment ce texte est ouvert à deux lectures distinctes : selon la première, il traduit en un dialogue bilingue la tentative de rassembler en « un seul et même peuple » les Canadiens anglais et les Canadiens français (Anonyme 1846 : 341); selon la deuxième, il s'agit d'une exposition formelle de la loi qui, avec la langue et la religion catholique, « fait partie du système immunitaire de la nation canadienne-française » (Normand 1987 : 574). La première lecture appartient à la culture orale du XIX<sup>e</sup> siècle; la deuxième à la nôtre. La transition de l'une à l'autre correspond au déclin du dialogue qui résulte toujours de la pénétration de l'esprit par la logique de l'écriture.

3. Il convient de souligner que le système seigneurial ne fut aboli qu'en 1854 (Ouellet 1966, Hamelin et Roby 1971, Young 1981), et que le Québec par conséquent ne surgit du Moyen Âge que relativement récemment. Un autre point qui mérite l'attention est que j'utilise les termes « culture orale », « culture chirographique » (ou du manuscrit) et « culture typographique » (ou du livre imprimé) pour référer aux manières dont la pensée est organisée : sur le mode du débat en premier lieu, auquel s'ajoute un soupçon de logique formelle dans un deuxième temps, puis logiquement et objectivement à un troisième stade. Ce n'est seulement qu'à cette troisième phase que la logique de l'écriture pénètre complètement la conscience (voir Lowe 1982 : 3-9). Ma position n'est donc pas aussi déterministe que celle de Goody, qui ne permet aucune différence entre mode de pensée et moyen de communication.

Il convient peut-être de noter que mon but est de proposer une interprétation sommaire de l'évolution de la pensée juridique québécoise sans pouvoir en faire la démonstration. Ceci est en partie attribuable à l'existence de lacunes majeures dans l'histoire du droit québécois, lacunes qu'aucun être humain ne peut combler seul. De plus, j'ai entrepris ailleurs (Howes 1987 et 1988) une analyse intensive des transformations du *contenu* du raisonnement judiciaire, alors qu'ici je vise à expliquer les transformations qui ont trait à ses formes.

## Le champ juridique comme lutte rhétorique

Peut-être semblerait-il déplacé de qualifier la culture juridique québécoise du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle de « culture orale ». Après tout, juges et avocats savaient lire et écrire, et ils disposaient même d'un corpus de lois (comme nous le verrons dans la prochaine partie). La publication des décisions judiciaires est un des éléments-clefs qui distinguent une tradition orale d'une tradition écrite (Goody 1986 : 140-141). Il n'existait que cinq volumes de rapports judiciaires imprimés au Québec en 1850, ce que déplorait un collaborateur du premier numéro de *La Revue de Législation et de Jurisprudence* (1846) :

for all practical purposes the legal profession in Lower Canada has scarcely derived more advantage from the decisions rendered in our courts of justice than might have been derived even if the pleadings, the evidence, and the judgments had been all verbal, and not a record of them kept among the archives of our courts.

cité dans Johnson 1905 : 455

C'était grâce à la publication des rapports judiciaires que le petit cercle d'hommes « lettrés » — dont l'auteur cité ci-dessus serait un parfait exemple — espérait compenser le manque (presque total) d'uniformité dans la jurisprudence de la province. Cette absence d'uniformité était due non seulement à l'inaccessibilité des jugements précédents pour les juges et avocats, mais aussi, du moins aux yeux des « lettrés », à leur insouciance de la convenance ou de l'adéquation. Ainsi, les avocats « entassaient les uns sur les autres une quantité de noms illustres et d'autorités qui feraient impression, comme pour abattre toute opposition », alors que, de l'autre côté de la barre, le juge « réussissait à gagner sa cause par sa propre insouciance et sa ténacité » (Anonyme 1845 : 9), et non pas grâce à un argument raisonné ou une judicieuse analyse des sources.

On reconnaît immédiatement ce genre de manifestation comme étant un phénomène oral. Comme l'observe W.J. Ong (1982 : 43) :

Many, if not all, oral or residually oral cultures strike literates as extraordinarily agonistic in their verbal performance and indeed in their lifestyle. Writing fosters abstractions that disengage knowledge from the arena where human beings struggle with one another. It separates the knower from the known. By keeping knowledge embedded in the human lifeworld, orality situates knowledge within a context of struggle.

Il s'agit, bien sûr, dans le cas du Québec, d'une « culture orale résiduelle » ou chirographique. Mais l'important, ici, est de noter que les sources de la loi étaient

utilisées en guise d'armes et non comme principe d'autorité<sup>4</sup>. Les « lettrés » furent ahuris par cette lutte continuelle. Ils s'acharnèrent à l'écraser par le moyen qu'ils venaient tout juste de découvrir : la publicité. Celle-ci devait purifier, en principe, le Banc. Comme le proposait un autre auteur « avant longtemps, nous ne verrions sur le Banc, que des hommes supérieurs, par la raison toute simple, que ces rapports feraient connaître, sans déguisement, en révélant quels sont ceux des juges qui ont droit à une réputation, par leur savoir, leur habileté, leur intégrité » (M. 1846 : 476) — et non par leur rhétorique<sup>5</sup>.

## Le code comme « mesure d'assimilation et d'unité »

Il existe plusieurs moyens de promouvoir l'« intégrité » d'un système juridique. L'imprimerie constitue un de ces moyens, comme nous venons de le voir. La codification en est un autre. L'opinion suivante, concernant les objectifs de la codification de 1856, est certainement partagée par tous les commentateurs modernes :

On avait voulu édifier un code qui soit comme un rempart élevé contre les influences qui, de l'extérieur, menaçaient l'intégrité du droit civil; comme un gage de survivance d'un système juridique original, mais fragile du fait de son isolement dans un continent de *common law*.

Office de Révision du Code Civil 1978 : xxvi-xxvii

Par contre, on ne trouve aucun propos similaire dans l'Acte concernant la Codification des Lois du Bas-Canada (1857), qui établit la Commission de la Codification (pour le texte de cet Acte, voir Crépeau 1985 : xxv-xxx). Néanmoins, comme nous le montrons, cette codification fut entreprise pour des raisons purement techniques ou linguistiques. De plus, s'il y eut un but ultérieur à la codification, celui-ci aurait été de nature expansive (ou impériale) plutôt que

4. Comme cas concret, on peut considérer l'affaire du juge Kerr. Lors d'une enquête officielle sur l'administration de la justice, un témoin nommé Saint-Réal affirma qu'il avait entendu le juge Kerr déclarer, sur le Banc, que le droit canadien « is unworthy of an English judge [...] that he did not know what the Law of Lower Canada might be, as applicable to the particular case then under consideration, and declared at the same time what the Law of Scotland was upon the same point » (Kolish 1980 : 651). On pourrait penser que le juge Kerr fut animé du désir de faire prédominer le droit anglais, mais ceci serait injuste. On l'entendit dire ailleurs : « I don't care for precedents » (Kolish 1980 : 651); il ne respectait donc pas plus le droit anglais que le droit français. En dehors de leur contexte propre, ces remarques peuvent frapper le lecteur comme l'expression du « goût de l'arbitraire » (Kolish 1980 : 651). Mais cette impression découle du fait qu'elles sont écrites; aussi ne faut-il pas oublier qu'elles étaient prononcées oralement, et qu'à l'intérieur d'une culture orale, un tel esprit de lutte serait normal, aussi offensif qu'il puisse paraître à notre propre sens de « the rule of law ».
5. On ne peut trop souligner que les valeurs des deux auteurs que je viens d'évoquer étaient en rupture avec les valeurs orales et les comportements du reste de la culture juridique. Par exemple, la plus populaire école de droit de l'époque était organisée comme « une société de discussion où les élèves font toutes les objections qu'ils veulent » (Bibaud 1862 : ix); les examens professionnels étaient tous totalement oraux, alors qu'aujourd'hui ils sont entièrement écrits (Howes 1989); si on examine des sources d'une des rares bibliothèques de droit de l'époque à encore exister, on y découvre autant de manuels sur la procédure (ou « pleadings ») que sur la propriété (c.-à.-d. le droit substantif) (voir Baker *et al.* 1987). Tous ces faits corroborent la thèse du champ juridique qui se présente, à l'époque, comme un champ de lutte rhétorique.

défensive. Le secrétaire de la Commission, T. McCord, crut que le produit final servirait de « mesure d'assimilation et d'unité » (McCord 1867 : II). Autrement dit, que le droit civil, « organisé en guise de code, conviendrait comme corps de loi à adopter pour tout le reste de l'Amérique britannique du nord » (Brierley 1968 : 530).

Cette idée, d'ailleurs, ne fut pas conçue par McCord mais d'abord émise en 1846 :

Dans cette reconstruction [la fabrication d'un code], on devrait avoir en vue l'avenir de l'Amérique britannique, dont le Bas-Canada doit être le centre, et songer à un système qui pourrait convenir à toutes les populations qui devront composer un jour un vaste empire [le « Royaume du Canada »], en leur donnant des institutions uniformes propres à en faire un seul et même peuple, distinct de celui qui l'avoisine.

Anonyme 1846 : 340-341

Il faut souligner que les peuples voisins sont les Américains, et non les Canadiens anglais des autres provinces du Canada, comme pourrait le présumer le lecteur moderne. Ces derniers seraient « assimilés ». Soulignons, de plus, que cette idée du Code comme « mesure d'assimilation » se perpétua jusqu'en 1890 (voir Trenholme 1890).

Ainsi, la codification n'aurait pas été entreprise pour des raisons de défense ou d'auto-préservation, mais bien en vue de faire rayonner une pensée et de l'exporter<sup>6</sup>. Le fait que les commentateurs modernes intervertissent le sens que les codificateurs et leurs contemporains donnaient au Code démontre une *involution* dans l'histoire de la pensée juridique québécoise. Nous y reviendrons.

Ceux qui auraient eu le plus besoin d'être éclairés au Québec au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, et encore aujourd'hui d'ailleurs, étaient bel et bien les Anglais. Leur unilinguisme eut pour conséquence de leur rendre inintelligible la vaste majorité des lois en vigueur dans la province. Mais, par ailleurs, les Canadiens français souffrirent eux aussi, car, comme on le notera au préambule de l'Acte de 1857, il existait certaines « parties des lois d'Angleterre [introduites] dans des cas spéciaux », qui n'avaient jamais été traduites en français.

L'autre problème majeur, à part celui de la langue, que la codification cherchait à résoudre, était le problème technique de l'inaccessibilité générale de la loi. Comme l'indique J.E.C. Brierley (1968 : 542), « le dit contenu du système juridique du Bas-Canada n'était pas facile à vérifier [...] la matière de la loi ne pouvait être rassemblée qu'à travers un réseau considérable de sources multiples. » Parmi ces sources se trouvaient inclus quelques éléments du droit romain, certains articles de la Coutume de Paris, un assortiment d'édits et d'ordonnances royaux, l'ancienne jurisprudence française, ainsi que les commentaires sur cette loi (dont beaucoup n'étaient pas publiés), les lois publiques, commerciales et criminelles anglaises, et une certaine quantité de législations provinciales, pour ne nommer que quelques exemples parmi tant d'autres (Brierley 1968 : 543-544, 547-554).

6. Le Code fut exporté à Sainte-Lucie aux Caraïbes, mais jamais, malheureusement, au reste du Canada (Liverpool 1984).

Cette diversité de sources reflète bien le passé colonial du Québec. À l'origine colonie de la France, le Québec tomba sous l'emprise de l'Angleterre lors de la conquête de 1763. Le droit civil fut abrogé, puis restauré en 1774. À partir de la conquête, il y eut une invasion de colons britanniques qui insistaient pour être gouvernés selon leurs propres lois relatives à la propriété, au commerce et à la succession (Brierley 1979). Lord Durnham (1963 : 69) résuma particulièrement bien cette situation chaotique dans son infâme rapport de 1839 : « The law itself is [...] a patch-work [...] part French, part English, and with the line between each very confusedly drawn. »<sup>7</sup>

Durham, par contre, négligea de mentionner qu'il en était de même dans le Haut-Canada (Ontario) en 1839, bien que celui-ci était beaucoup plus un pays de *common law* que le Québec ne l'était de droit civil. Mais comme l'indique G.B. Baker (1985 : 239-240), on remarque fréquemment des citations provenant de Justinien, de Domat, de Pothier, du code Napoléon et d'autres autorités classiques du droit civil dans les séries de rapports judiciaires publiés dans l'ancien Ontario, citations habituellement rattachées à l'exposition de principes généraux (voir aussi Howes 1985 : 377-378 et 402). Ainsi, la « cloison » entre les deux grands systèmes juridiques du Canada dont parla Mignault dans les années 1930 était-elle manifestement moins « étanche et infranchissable » un siècle auparavant. Au contraire, les juges des deux côtés de cette cloison (peut-être imaginaire) semblaient avoir entretenu, à l'intérieur d'un genre de dialogue continu, toutes les sources de droit les plus classiques et respectées de « l'autre système », afin de les appliquer là où ils le jugeaient bon.

On pourrait être porté à croire que la promulgation du Code civil de 1866 aurait mis fin à ce dialogue. Il revenait au commissaire, après tout, de coordonner et de consolider, de « mettre en forme » (Bourdieu 1986b) les sources existantes, et ainsi mettre fin à la « Babel légale » (Anonyme 1846 : 340). Le produit final est en effet un texte fort systématisé et fort stylisé, divisé en livres, titres, chapitres et articles, rempli de définitions abstraites de la « propriété », du « mariage », de la « succession », etc. Il est important, par ailleurs, de ne pas se faire piéger par les apparences. Car, alors, le Code revêtirait l'aspect d'un « livre fermé » constitué de la source complète de tout le droit civil du Québec. Mais telle ne fut pas l'interprétation des codificateurs ni de leurs contemporains. Le Code était pour eux un « livre ouvert. »

## Le Code comme livre ouvert

Le caractère « ouvert » du Code civil se déduit du fait que, contrairement au code Napoléon, sa promulgation n'eut pas l'effet d'une césure. D'après l'article 2712 (art. 2613 en 1866), le Code n'a pas abrogé l'ancien droit, sauf en cas de mention explicite ou implicite ou encore d'incompatibilité de disposition. Ainsi,

7. Il est bien connu que Durham proposa l'assimilation des Canadiens français comme étant le seul moyen de résoudre l'impasse politique entre le Haut-Canada et le Bas-Canada, qui atteint son sommet lors des années 1830 — d'où l'établissement de la Législature des Canadas Unis (1841-1867).



de par sa propre admission, le Code s'avère n'être que l'expression partielle des lois en vigueur dans la province.

D'ailleurs, le Code ne cherchait pas à améliorer la loi existante. D'après l'article 6 de l'Acte de 1857, les commissaires n'avaient qu'à déclarer la loi; tout amendement ou réforme devait être distingué et déclaré séparément, avec les attendus de leur proposition, qui étaient relativement peu nombreux. Il serait évidemment faux de présumer que les trois juges nommés à la commission — R.-E. Caron, C.D. Day et A.-N. Morin — n'ont en aucune façon altéré la loi en la transcrivant. J. Cairns (1987) a bien démontré comment les commissaires favorisèrent certaines sources, et comment on pourrait expliquer ces préférences en les rapportant à l'influence des théories libérales d'économie politique sur la pensée des dits commissaires.

Selon l'article 7 de l'Acte de 1857, le Code civil du Bas-Canada devait être « rédigé sur le même plan général » que le code Napoléon, d'où le fait que le commissaire Caron, en parlant du *modus operandi* de la commission, a caractérisé le code Napoléon comme étant « le canevas sur lequel il faut travailler; il faudra en suivre le plan et les divisions, et, comme règle générale, en adopter même, quant à la rédaction, tous les articles qui nous conviennent » (cité dans Cairns 1987 : 680). Ceci expliquerait donc la ressemblance formelle entre les codes français et québécois.

Mais l'articulation du Code civil du Bas-Canada devait aussi refléter la dimension cosmopolite du Québec au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, plus importante qu'en France par la présence des immigrants anglais et écossais. La meilleure manière de décrire cette autre dimension du code serait de préciser qu'il était construit sur des principes « dialogiques » (Bakhtin 1981). On pourrait même dire que le processus de « mise en forme » était influencé aussi bien par le modèle oral du dialogue que par le modèle écrit du code Napoléon. C'est du moins ce qui se dégage des instructions de l'Acte de 1857 concernant la langue du Code civil :

According to section 15, the *Reports* of the Commission and the provisions of the Code were to be 'framed and made' in both languages; the dual language texts, when printed, were to 'stand by side' [...] Both texts are thus really 'originals' since both were discussed and evolved together, rather than one version being a simple translation of the other. They are, therefore, as a matter of principle, 'equal in law' or 'equally law'. And in the case of a difference in the language of the two versions [...] [it] is not that language version [of an article] in which it was originally drafted [...] that must prevail, but rather that version most consistent with the law on which it was founded.

Brierley 1968 : 537-538; art. 2714

Ainsi, le Code civil se lirait-il non seulement comme la transcription mais aussi comme la prescription d'un *dialogue* entre ses versions française et anglaise. De plus, en examinant de près les lois sur lesquelles est fondé le Code — c'est-à-dire les sources que citent les commissaires dans leurs rapports — on remarquera l'amplitude universelle de ce dialogue.

Considérons l'article 1706 : « Un agent employé pour acheter ou vendre quelque chose ne peut être l'acheteur ou le vendeur pour son compte. » Selon les Rapports, « Article [1706] declares a rule derived from the Roman law, and

although not found in the Code Napoleon undoubtedly expresses the law of ancient and modern France, as well as that of England and America » (Commission de la codification 1865 : 10). Comme l'indique cette citation, les commissaires ne pouvaient se limiter à une simple déclaration de la loi. Ils considéraient nécessaire de démontrer combien leurs constatations étaient en harmonie avec les lois de diverses autres juridictions. Comme si le droit civil canadien résumait, en somme, toute l'intelligence et le savoir juridique du monde. On peut mesurer à quel point leur tendance résolument cosmopolite et universaliste aurait eu pour effet d'éliminer certaines des particularités de ce système juridique qu'ils devaient en principe établir et consolider. Par ailleurs, n'oublions pas que ce qu'ils concevaient au niveau de l'écriture était un code qui servirait de « mesure d'assimilation et d'unité » pour tout le reste de l'Amérique du Nord britannique.

## Le déclin du dialogue

Ainsi le Code civil aurait-il deux dimensions ou facettes : l'une formelle, se présentant comme une systématisation rationnelle de la loi, et l'autre dialogique, qui exprimerait une conversation continue avec diverses autorités. Nous retraçons, dans cette section, l'histoire du Code à travers quelques-uns de ses premiers commentaires et éditions. Nous verrons comment son aspect dialogique fut réduit au silence alors que la culture juridique au Québec devenait progressivement moins orale.

L'extrait qui suit, tiré du *Questionnaire annoté du Code Civil du Bas Canada*, préparé par E. Beaudry en 1872, montre que l'habitus dans lequel on inséra le Code était encore fortement oral :

410. D. *Le mineur émancipé peut-il intenter seul ses actions immobilières ou y défendre ?*

R. Non. Il ne peut pas sans l'assistance de son curateur (A).

Art. 320.

(A) 1. Les actions du mineur émancipé sont portées en son propre nom, avec mention de l'assistance de son curateur : elles ne sont pas portées au nom de ce dernier, car il n'administre pas.

2. Malgré le silence du Code, je crois que le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour poursuivre le recouvrement d'un capital mobilier ; la raison en est qu'il ne peut pas recevoir seul un tel capital. Comparez : 1. Delvincourt, *Cours de Code Civil, notes*, page 315 ; 3. Duranton, *Cours de Droit Français*, n° 669 [...]

Contra : 2. Taulier, *Théorie Raisonnée du Code Civil*, page 91 ; Valette, *Explication du Code Napoléon*, pages 317 et 318.

411. D. *Le mineur émancipé peut-il contracter des emprunts (A) sans l'assistance de son curateur ?*

R. Non (B) ; il n'en peut contracter aucun (C) sans cette assistance (D).

Art. 321.

(A) Il s'agit ici du *Mutuum* [...] (Beaudry 1872 : 495).

Beaudry s'est en fait emparé du Code de manière à le retranscrire sous forme annotée de questions-réponses, ou comme il l'explique lui-même : « [...] j'ai mis tout le Code en questions et réponses. Ces réponses sont généralement la reproduction du Code; j'ai préféré cette reproduction textuelle afin de ne pas courir le risque de dénaturer le sens de la loi » (Beaudry 1872 : 2).

« Quel exercice parfaitement inutile, pensera le lecteur moderne. Pourquoi réécrire le Code sous forme de dialogue, alors qu'il ne s'agirait que de recopier ses dispositions ? » Pourtant, la stratégie de reconstruction du texte de Beaudry est compréhensible en admettant que son audience n'était pas aussi « lettrée » que de nos jours. W.J. Ong (1982 : 2) explique :

Early writing provides the reader with conspicuous helps for situating himself imaginatively. It presents philosophical material in the form of dialogues, such as those of Plato's Socrates, which the reader can imagine himself overhearing.

C'est donc que la forme dialogique de l'édition de Beaudry s'avère un des premiers phénomènes de l'écriture à ses tout débuts (*early writing*), voire un exemple d'« écrit oral ». Il va de soi que l'édition de Beaudry n'est pas uniquement un dialogue. Elle est aussi une exégèse : les « (A) » et les « (B) » servent de post-scriptum qui renvoient le lecteur à l'explication du texte. En ce qui concerne celle-ci, l'édition de Beaudry anticipera certaines annotations plus exégétiques ou « textuelles ». Ces dernières distingueront à leur tour le dialogue de l'exégèse, jusqu'à ce que, d'ailleurs, le premier disparaisse complètement.

Un autre exemple d'édition du Code de l'époque, qui mériterait un examen minutieux, est celui de C. Lorimier et C. Vilbon, *La bibliothèque du Code Civil*, publié en 1871. Ces auteurs imaginèrent le Code comme une bibliothèque plutôt qu'un dialogue. Leur objectif était de « réunir dans un cadre, comparativement restreint, un ensemble assez complet des principales discussions sur chaque article de notre Code, présentant successivement les données du droit romain, du droit français et du droit anglais, quelquefois même du droit américain » (Lorimier et Vilbon 1871 : 13). Les « discussions » en question étaient des sources que les commissaires ont citées dans leurs rapports. Lorimier et Vilbon prétendent avoir passé dix-huit mois à retracer ces citations. Elles sont reproduites intégralement et sans souci d'éliminer les contradictions qui y sont inhérentes. Lorimier et Vilbon préféraient en laisser la tâche au lecteur.

Certaines éditions ultérieures du Code, telles celles de Bellefeuille (1879) et Sharp (1889), notent aussi les sources de la loi indiquées dans les rapports, mais ne les reproduisent pas. Ces auteurs préférèrent plutôt résumer le contenu des discours judiciaires depuis la promulgation du Code. On verra dans les éditions du Code de Sharp et de Bellefeuille une certaine prémonition du raccourcissement de la conscience historique. Plutôt que d'exister en tant que fenêtres sur le passé, ces codes s'adresseront au présent.

Nous discernons la transition d'un habitus oral à un habitus écrit derrière le modèle historique de la production doctrinale au Québec. Aussi, comme l'observe R.A. Macdonald (1985 : 598) :

The private law scholarship published prior to 1900 often was historical, philosophical, and largely non-professional. After the turn of the century, and at

least until the mid-1960s, analytical, exegetical and professional writing predominated.

Cette observation de Macdonald s'accorde avec la thèse centrale de cet article : le genre de pensée et d'expression qui caractérise une culture orale est celui du dialogue ou du discours, alors qu'une culture écrite insisterait plutôt sur l'analyse et l'exégèse. Le fait que Macdonald considère les travaux doctrinaux du XIX<sup>e</sup> siècle comme étant remarquablement « variés et érudits » comparés à ceux du XX<sup>e</sup> siècle est aussi particulièrement significatif. Cela impliquerait qu'il y aurait un lien entre l'oralité et l'hétérogénéité, et entre la textualité et l'homogénéité.

Ce que prétend Macdonald au sujet de la doctrine s'applique tout autant à la jurisprudence. La promulgation du Code civil n'entraîne pas de changement important dans le modèle pré-codal du raisonnement juridique ou de la rhétorique. En ce qui concerne la rhétorique, on trouve le même genre d'argumentations, d'usage du dialogue, et d'approximations du registre informel du langage parlé, que W.J. Ong (1971 : 25) qualifie d'« effets oraux », autant dans les jugements imprimés des années 1890 que dans les jugements non imprimés des années 1840. Prenons pour exemple les remarques suivantes de H.E. Taschereau, un des juges de la Cour suprême du Canada de 1878 à 1906 (et juge en chef de 1902 à 1906) dans l'affaire *Corporation d'Aubert Gallion* (1892 : 480) : « The rights of a grantee are not to be extended by implication they [les appelants] say. Spoliation is not to be authorized by implication, I would say » (pour plus de détails, voir Howes 1987 : 539-541). On peut dire que le juge Taschereau a non seulement suivi la règle d'*audi alteram partem* (« écouter toutes les parties »), mais il leur donna aussi des voix. Ces jugements sont l'expression paradigmatique de la raison dialogique.

En ce qui concerne le raisonnement, les juges continuèrent à rôder autour d'un grand nombre d'autorités, dans leurs efforts pour déterminer quelque aspect particulier de la loi, alors même que le Code en traitait déjà. Ils auraient mieux fait, par conséquent, de se limiter à l'analyse de son langage. Cette pratique de regarder à travers le Code, plutôt que de l'examiner directement, et de considérer toutes sortes d'auteurs étrangers afin d'en arriver à l'interprétation « la plus raisonnable du monde » (le juge Fitzpatrick dans *Shawinigan Carbide* 1909 : 289), plutôt que de se soumettre au procédé de « renvoi intra-spécifique au code » (*cross-referencing codal articles*) (Macdonald 1985 : 579-580), persista jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle.

On peut évoquer quelques exemples. L'affaire *Doolan* (1868) impliqua un livreur intentant une action en responsabilité civile contre la cité de Montréal pour les dommages causés à son carrosse et à sa réputation, après son arrestation suivie d'un assaut illégal par deux policiers de la corporation. L'article 365 du Code civil est très clair : les corporations « ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivies pour assaut, batterie, ni autre voie de fait qui se commettent sur la personne. » La Cour d'appel aborda le problème par analogie, la même règle ayant été dictée par Blackstone en Angleterre, bien des siècles auparavant. Celle-ci ne s'appliquant plus en raison de l'évolution de la loi anglaise, la Cour considéra qu'elle ne pouvait s'appliquer non plus au Québec :

« Many of the old technical rules affecting corporations are being condemned and discarded », said Chancellor Kent... He asked, why ? and he answered, because inconvenient and impolitic, leading sometimes to mischief and injustice. Blackstone, and art. 365 of our code merely give definitions. As in England, actions may be brought against corporations for assaults by their servants, notwithstanding Blackstone and the common law doctrine, so the same may be instituted here notwithstanding the code. Surely, under the generality of our Code corporations are not free to assault by deputation, and to trespass at pleasure !

*Doolan 1868 : 73*

Ce jugement est typique de l'esprit anti-positiviste du corps judiciaire qui régnait au XIX<sup>e</sup> siècle. Bien que le texte soit parfaitement clair, la Cour a choisi de s'appuyer sur l'opinion plus « éclairée » d'une autorité étrangère (le chancelier Kent).

On trouve, à la Cour suprême du Canada, la même tentative d'harmoniser l'interprétation du Code avec ce qui est accepté de manière générale ailleurs dans le monde juridique. Par exemple, dans l'affaire *Renaud* (1902), on releva la question suivante : une disposition, issue d'un testament stipulant l'adhésion à la foi catholique, ne serait-elle pas « contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ? » (art. 831). Selon la Cour : « La jurisprudence de l'Angleterre et des États-Unis, où la liberté de conscience est proclamée aussi pleinement qu'en France, au Canada ou ailleurs, est unanime à reconnaître la validité d'une condition comme celle qui est attachée aux legs faits aux héritiers Renaud » (*Renaud* 1902 : 370).

Le commentateur moderne envisagerait ce genre de raisonnement comme un défi à l'« économie générale de droit civil québécois » (Baudouin 1975 : 722). Mais peut-être est-ce parce que ce dernier n'est familiarisé qu'avec la lettre de la loi, contrairement à son esprit. La méthode « nomade » d'interprétation de la loi que les Cours ont utilisée dans *Doolan* et *Renaud* était, après tout, en parfait accord avec la technique « dialogique » des commissaires dans le processus de rédaction du Code civil.

Certains juristes du XIX<sup>e</sup> siècle considéraient la méthode « nomade » comme l'un des facteurs-clefs qui distinguaient leur culture juridique de celle de la France. Comme on se souviendra, le code Napoléon avait abrogé la loi précédente, contrairement au Code civil du Bas-Canada. D'après le juge Loranger (1873 : 3), l'abrogation avait réduit le rôle du juge et du commentateur français : « Le rôle de ce dernier n'est pas de chercher en dehors du texte, les lois sur lesquelles sont fondées ses explications, la matière de son commentaire. Il ne remonte pas plus haut que le Code, qui est son unique source, le premier comme le dernier mot de sa paraphrase. » Le juriste québécois, par contraste, devait maintenir « en conférence continue » toutes les sources qui se superposaient dans le Code civil, au point de faire du texte un genre de bibliothèque.

On comprendra combien le juge Loranger aurait été étonné par les éditions du Code de Sharp et de Bellefeuille, qui ne faisaient qu'énumérer la liste des sources plutôt que de les reproduire. Ce sentiment se retrouve chez J.J. Beauchamp, éditeur de *La Revue Légale*, dans son essai intitulé « De l'étude et de la pratique

du droit ». Beauchamp y exprime une certaine nostalgie pour la période qui précéda la codification où les difficultés impliquées dans la recherche des sources « étaient, vues sous un certain angle, un avantage, car elles fournissaient une occasion à l'étude. Elles contraignaient les avocats à remonter aux sources de notre droit ; elles les familiarisaient avec les travaux des juristes » (Beauchamp 1895 : 9). La codification a simplifié ce travail, et en a même enlevé l'occasion, en fournissant tous les textes nécessaires. D'où le fait que « si aujourd'hui on pratique le droit davantage, on l'étudie beaucoup moins » (Beauchamp 1895 : 9).

## Le Code comme livre fermé

L'idée du Code en tant que dialogue transcrit (voir l'édition de Beaudry), ou en tant que bibliothèque (voir l'édition de Lorimier et Vilbon), est parfaitement étrangère au commentateur moderne. En témoigne l'extrait suivant de *The Civil Law System of the Province of Québec*, du professeur J.G. Castel (1962 : 34) :

To know the Québec law of contract, it is sufficient to read the articles of the Civil Code dealing with this topic and the cases decided since its enactment. If in the common-law system it is absolutely necessary to know history to understand, for instance, the essential division between law and equity [...] this is not the case in France or in Québec. There, the civil law is logically organized, it is not the product of a long line of decided cases.

Cette citation impliquerait que vers la deuxième moitié de ce siècle, les origines « mixtes » du droit civil canadien avaient été oubliées ou ignorées, de façon délibérée (Tancelin 1980). Le Code est présentement l'incarnation d'un « système » — celui du droit civil. Notons aussi qu'il a maintenant l'apparence d'un texte autonome, avec une logique interne unique, complètement imperméable à l'histoire.

Trois facteurs pourraient avoir contribué à provoquer cette conception, nouvelle et non anticipée, du Code : l'« involution » du nationalisme canadien-français, la textualisation des méthodes d'interprétation de la loi, et l'évolution prolongée de la manière ou de la forme selon laquelle le Code est reproduit. Nous analyserons chacun de ces facteurs, en commençant par le dernier<sup>8</sup>.

L'édition du Code la plus utilisée de nos jours serait celle du professeur P.-A. Crépeau, *Les Codes Civils. Édition critique* (1985), préparée « dans un esprit de scrupuleuse fidélité aux textes législatifs ». Aussi est-il intéressant de comparer cette édition avec celles de Bellefeuille (1879) et Sharp (1889). Dans ces dernières, on trouve une liste des sources de la loi consignées dans les rapports des commissaires, de même qu'un résumé des procès jugés depuis la codification, à la fin de chaque article. On ne trouvera ni l'un ni l'autre de ces traits dans l'édition de Crépeau. Ce que nous offre plutôt le professeur Crépeau, c'est un texte qui a été méticuleusement « mis à jour » — c'est-à-dire un texte contenant toutes les modifications opérées dans la loi par la législature depuis 1866 jusqu'à l'année précédant la publication. On y trouve aussi un « Index Alpha-

8. Un quatrième facteur serait la professionnalisation progressive du champ juridique, comme il a été démontré ailleurs (Brierley 1986; Howes 1989).

bétique » (commençant avec « Abandon » et se terminant avec « Vues »), qui comprend, en tout, plus d'une centaine de pages !

Pourquoi les résumés des rapports judiciaires disparaissent-ils ? Peut-être est-ce dû au fait que, d'après la « hiérarchie des sources », la jurisprudence appartient au même ordre que la doctrine, et que toutes deux sont subordonnées au *Code*, qui est la seule et unique source « autoritaire » de la loi. Pour la doctrine civiliste moderne, ce serait une abomination, voire une hérésie que de reproduire les décisions judiciaires à l'intérieur même du *Code*, ce qui en confondrait aussi la hiérarchie (Howes 1987 : 555-556). La notion de hiérarchie des sources n'existait pas pour les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle. Ceci expliquerait pourquoi ils ignoraient si souvent ce qui était déclaré de façon explicite dans le *Code*, cherchant à trouver des arguments convaincants plutôt que des textes portant le sceau de la législation.

L'innovation la plus significative de l'édition du *Code* de Crépeau est l'inclusion de l'« Index Alphabétique ». C'est cela en particulier qui crée l'illusion d'un « système » de droit civil. Cet index facilite aussi le procédé de « renvoi intra-spécifique au code » (Macdonald 1985 : 579-580), ce qui constitue, en fait, l'essentiel de la réflexion civiliste moderne. Comme le remarqua le juge Mignault dans l'affaire *Regent Taxi* (1929 : 686-687), « les articles du *Code* s'interprètent les uns par les autres, en donnant à chacun le sens qui résulte de l'ensemble de ses dispositions ». Les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle pensaient différemment. Aussi leurs interprétations se limitaient-elles rarement à quelques articles contigus, peut-être à cause de l'absence d'un « Index Alphabétique. »

Dresser l'index du contenu entier du *Code* relèverait du même genre d'exercice que sa transposition en module de questions et réponses, ou sa présentation à l'image d'une bibliothèque. Les conséquences, par contre, s'avèrent bien différentes. Les premières éditions du *Code* incitaient l'étudiant à la conversation et au dialogue, aussi bien avec le texte du *Code* (voir Beaudry) que d'après les autorités sur lesquelles il était fondé (voir Lorimier et Vilbon). Il était impossible au *Code* d'acquiescer même l'apparence de l'autonomie sous de telles conditions : l'édition de Beaudry répondait aux questions de l'élève, alors que les éditions de Lorimier et Vilbon le transportaient aux quatre coins du monde juridique : Rome, la France, l'Angleterre et l'Amérique. L'édition de Crépeau donne pourtant bien l'impression d'être autonome. Elle ne se rapporte qu'à elle-même. L'« Index Alphabétique » forme un enclos autour de la pensée, tout en lui servant de guide et en décourageant la conversation. Il n'y a rien, par conséquent, dans la manière dont le *Code* est reproduit aujourd'hui qui encouragerait l'étudiant à regarder au-delà du texte du *Code* lui-même, ou à questionner son contenu. Il n'y a pas de hors-texte.

Mais comment le *Code* a-t-il fini par occuper cette position centrale à l'intérieur de l'ordre juridique ? Cela ne tiendrait, selon nous, ni à sa structure formelle ni au fait qu'il définit certains concepts-clefs, comme l'ont indiqué d'autres chercheurs (voir par exemple Brierley 1986), mais plutôt à un changement dans sa méthode d'interprétation. Et c'est ce changement qui en a rendu visible la structure et les définitions. On pourrait appeler cette nouvelle méthode « la méthode linguistique » (*linguistic method*) d'interprétation, comme

le proposait Lord Sumner dans l'affaire *Vandry* (1920 : 672). Soulignons qu'elle originait du Conseil privé de la Reine, qui fit office de Cour d'appel finale pour les Canadiens jusqu'en 1949. Il ne s'agissait donc pas d'une invention locale.

La nouvelle méthode était basée sur l'analogie entre ce que les Lords prétendaient être l'objectif du Code, et celui du *Bills of Exchange Act* de l'Angleterre : « The purpose of such a statute surely was that, on any points specifically dealt with by it, the law should be ascertained by interpreting the language used instead of, as before, by roaming over a vast number of authorities ». De là viendrait l'idée que « the Law is determined by what is found in the Code », et non derrière lui (*Despatie* 1921 : 709). Le juge Mignault (1932 : 211), de la Cour suprême du Canada, proposa la même idée en notant : « quand le texte est clair et sans équivoque, on n'a pas besoin de chercher ailleurs. »

Jamais, dans l'histoire du droit civil québécois, aucun juge ne commença avec le texte du Code civil, bien que les discours se terminassent souvent par quelques références à ses provisions. Le juge Mignault fut le premier à traiter le Code comme un texte (au lieu d'un dialogue, d'une bibliothèque, etc.), et, par conséquent le premier à en remarquer la logique :

[...] the civil law is a distinct and entirely self-sufficing system [...] it can only lead to confusion to go outside of our system to see authorities in other systems of law where the rule in question may well be a deduction from another rule which does not exist in our code.

Mignault 1925 : 22

Le nombre de fois que Mignault dut répéter que le droit civil est un système logique et auto-suffisant prouve à quel point les avocats auxquels il eut affaire professaient une opinion différente (voir Howes 1987 : 549). Mais ceux qui persistaient dans cette « pratique vicieuse » de citer les autorités anglaises et américaines n'étaient pas uniquement des avocats (Mignault 1923 : 61). Dans l'affaire *Curley* (1919) par exemple, Mignault eut à réprimander même des juges de la Cour d'appel pour avoir « assimilé notre droit quant à la responsabilité des maîtres et commettants au droit anglais ».

Il semblerait que ces derniers aient perçu « une identité de signification » entre l'article 1054 (7) du Code civil, qui rend les maîtres responsables des dommages causés par leurs serviteurs « dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers auront été employés », et l'expression « in the course of their employment » comme cité dans un procès du Manitoba. Selon ces pratiques, la Cour d'appel aurait tenu le propriétaire d'une automobile responsable des dommages causés par son chauffeur qui circulait sans autorisation sur le boulevard Saint-Laurent.

Ce jugement s'accorde, bien sûr, avec la jurisprudence et avec la doctrine sous l'article correspondant du code Napoléon (art. 1384 (3), comme le démontra le juge Brodeur, le confrère de Mignault, dans son opinion dissidente<sup>9</sup>. Mignault, par contre, basa sa décision « uniquement sur le texte de l'article 1054 [...] texte

9. L'article 1384 (3) du code Napoléon tient les maîtres responsables des dommages causés par leurs serviteurs « dans les fonctions auxquelles ils sont employés. »



qui ne prête à aucune équivoque » en ce qui concerne son estimation bien considérée (Curley 1919 : 177, 179). L'absence de mots correspondant à « dans l'exécution de ses fonctions » dans les sources françaises ou anglaises les rendaient inaptes à l'interprétation et à l'application de l'article 1054 (7). Au contraire, la présence de ces mots dans l'article 1054 (7) « me paraît clairement exclure la responsabilité du maître pour un fait accompli par le domestique ou ouvrier à l'occasion seulement de ses fonctions, si on ne peut dire que ce fait s'est produit dans l'exécution de ses fonctions » (Curley 1919 : 176-177).

Cette décision eut pour conséquence de préserver intacte « notre loi » concernant la responsabilité des maîtres par rapport aux dommages causés par leurs serviteurs, depuis la « loi générale ». Ceci soulève la question suivante : était-ce « l'intention de la législature » que la loi substantive du Québec dût diverger de celle de la France en ce point particulier ? Mais cette question, bien sûr, est hors contexte. Car il s'agit, plus particulièrement, de la différence entre les deux codes, qui ne se manifesta qu'en tant que résultat de l'application de la nouvelle méthode d'interprétation, une méthode sensible aux moindres contradictions, à l'intégrité du « système » plutôt qu'à son histoire, et à l'analyse plutôt qu'au débat, bref une méthode imprégnée de la logique de l'écriture.

On se demandera bien comment le « formalisme aride » de Mignault (et du Conseil privé) a pu réussir à déplacer le « cosmopolitisme » des générations précédentes. Ceci demeure en effet un mystère ; on notera, par contre, que ce déplacement n'était pas uniquement limité au champ juridique. La philosophie québécoise fit également l'objet d'une pareille transformation. « Un éclectisme d'idées » caractérisa l'époque entre 1853 et 1917, alors que la période entre 1917 et 1936 témoigna du triomphe « des adeptes du thomisme », selon Y. Lamonde (1972 : 28-29) : « Orthodoxe, leur thomisme officiel et militant constituait un point de référence culturel inexistant auparavant ; il délimitait un seuil en deçà duquel quelque chose de différent de l'éclectisme antérieur permettait enfin de proclamer l'établissement et l'omniprésence d'une doctrine. »

Le « thomisme officiel » des cercles philosophiques et le « positivisme étatique » des cercles juridiques sont le fruit des années de l'entre-deux-guerres. Comment expliquera-t-on la nouvelle intolérance de l'éclectisme, ou la nouvelle orthodoxie de ces années ? Le déclin du dialogue n'est qu'une partie de la réponse ; le reste se trouve dans l'effondrement, ou plus précisément, dans l'*involution* du nationalisme canadien-français<sup>10</sup>. Il y eut une époque où ce nationalisme ne connut aucune limite, où le Code, par exemple, devait servir de moyen pour assimiler les Anglais. Mais au cours des années 1920 à 1930, un nouveau discours nationaliste surgit, bâti sur le concept de la nation en tant

10. Comme je l'ai démontré ailleurs (Howes 1987 : 543-546, 556-558), le phénomène de l'implosion juridique nationale au Québec était intimement relié au déclin du dialogue : c'est parce que les juristes anglophones des autres provinces du Canada ont cessé de porter attention aux enseignements du droit civil depuis approximativement 1875, que les juristes québécois ont dû faire de même, avec les enseignements de la *common law*. Après tout, on ne trouve ni raison ni honneur à recevoir quelque chose, si toutes nos contre-prestations sont refusées (Mauss 1950 : 258). L'implosion s'accorde donc avec la loi de la réciprocité : où il n'y a pas d'échange, il n'y a pas de société. D'où le fait qu'aujourd'hui, le Québec est une « société distincte ».

qu'« individu collectif » (Handler 1988 : 39-50)<sup>11</sup>. Aussi vit-on naître une nouvelle conscience des bornes du Code symétrique à celle des bornes de la nation. S. Normand (1987 : 574) résume bien l'expression de cette nouvelle conscience dans les pages de *La Revue du Droit*, publiée entre 1922 et 1939 :

Héritage des ancêtres, à l'instar de la langue et de la religion.[le Code] doit demeurer intact si l'on désire que la nation conserve sa vigueur. Porter atteinte à son intégrité, c'est ouvrir une brèche dans l'enceinte, c'est rendre la nation perméable aux idées étrangères et par le fait même compromettre tôt ou tard la survie du groupe ethnique.

Le Code devait paraître imperméable à l'histoire de manière à ce que la nation canadienne-française demeure fidèle à elle-même. Ce qui impliquait, pour de nombreux collaborateurs de *La Revue du Droit*, que « des institutions de l'Ancien Régime, disparues ou modifiées en France hors de la codification, survivront dans leur intégrité au Québec » (Normand 1987 : 570).

Mais il est important de ne pas confondre le sens de continuité historique qui ressort des pages de *La Revue du Droit* et le sens historique de Loranger (1873) ou Beauchamp (1895). Ce dernier était authentique, alors que le premier relève de l'« esprit d'antiquaire ». Le culte de l'Ancien Régime entre les années 1920 et 1930 correspondait à celui de l'ancienne société grecque lors de la Renaissance en Europe. C'était une façade derrière laquelle la rationalisation de la société et de la loi, conjuguée avec un nouvel ensemble de normes — notamment celles de la bourgeoisie —, pouvait procéder, à l'abri du débat et de toute révision critique (voir Howes 1988 : 80-83).

## Deux brefs aperçus

Deux brefs aperçus de l'état de la loi, l'un ultérieur et l'autre postérieur à la révolution textuelle des années 1920, serviront à illustrer combien les ressources et limites de la culture juridique ont changé, voire diminué.

Lors d'un incendie dans le Vieux Quartier de Québec, les autorités de la ville donnent l'ordre de démolir une maison, de manière à empêcher la propagation du feu. L'incendie sera cependant maîtrisé avant même qu'il ne gagne la maison ; mais celle-ci, malheureusement, a déjà été démolie. Il s'agit de l'affaire *Mahoney* (1901). Une épidémie de rougeole menace la province, et le Gouvernement lance une campagne de vaccination. Une petite fille de cinq ans contracte une encéphalite virale aiguë, consécutive au vaccin. Cette maladie la laisse dans un état d'incapacité permanente quasi totale. Le risque d'une telle éventualité était évalué à 1/1 000 000. Il s'agit de l'affaire *Lapierre* (1985).

La question dans les deux cas est la suivante : est-ce l'individu ou la collectivité qui doit assumer les coûts de ces actes, de démolition et de

11. La nationalisation progressive de la pensée juridique aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles est, bien sûr, un phénomène mondial. Le cas du Québec est cependant unique et ne peut être assimilé, par exemple, à l'américanisation de la *common law* britannique. La raison en est que l'évolution du nationalisme au Québec subit une rupture, comme j'essaie de le montrer. Le motif de cette rupture dépasse le cadre de cet article. Pourtant, une chose est assurée : l'analyse de Handler n'est valide que pour la période postérieure à 1930.

vaccination, qui ont été accomplis dans l'intérêt de tous ? La décision *Mahoney* nous offre une balade à travers le droit romain, le droit naturel, le vieux droit civil français, le code Napoléon, notre droit statutaire, et le droit américain et anglais. Au cours de cette randonnée, le juge Cimon cite le poème d'un « poète juriste » de l'ancien droit français (quelle autorité !) et semble partager l'opinion commune de l'époque — à savoir qu'« il fallait assimiler ce cas à celui du jet à la mer » (*Mahoney* 1901 : 358) : si les effets d'un individu doivent être jetés à la mer au milieu d'une tempête, tous ceux dont la marchandise est sauvée sont appelés à partager pour essuyer la perte de la victime.

Quant au droit américain et anglais, qui le contredit profondément, le juge Cimon précise que même « les partisans de la non-responsabilité des corporations, en pareil cas, parce que leur charte ne la décrète pas, ne peuvent *s'empêcher* de remarquer que l'équité exigerait le contraire » (*Mahoney* 1901 : 408). La décision de Cimon est conforme à l'équité, de même qu'à « ce que je pense être les vrais principes de justice et de notre droit civil » (*Mahoney* 1901 : 410) : il décrète la compensation, malgré l'absence de toute disposition en ce sens dans la charte de la ville. Son raisonnement se base sur des analogies, non sur des textes.

Dans *Lapierre*, la cour raisonne à partir de textes. Le juge Chouinard demande si le principe voulant que « les dommages soufferts par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci » trouve un « support législatif » dans l'extrapolation de multiples dispositions du Code civil, tel que celui de l'article 2450, qui est relatif au jet à la mer (*Lapierre* 1985 : 247). Il en vient à la conclusion qu'il ne l'est pas, la règle dans l'article 2450 étant « tout à fait particulière au droit maritime » (*Lapierre* 1985 : 252). Il considère aussi l'article 407, relatif à l'expropriation, mais en conclut que cet article n'est qu'« une application particulière de la doctrine d'enrichissement injustifié », qui est une doctrine différente de celle que cherche à établir le conseil aux appelants (*Lapierre* 1985 : 257).

Il est significatif que Cimon ait consulté aussi la loi de l'expropriation, comme on l'avait fait en France : « une démolition est, en pareil cas, appelée « expropriation » [...] Je crois cette qualification impropre. Mais qu'importe l'expression ! » (*Mahoney* 1901 : 401). Ainsi, Cimon basa partiellement sa décision sur cette loi ; c'est-à-dire sur son principe plutôt que ses termes. La cour, en ce qui concerne *Lapierre*, fut incapable d'en arriver à l'émission d'un principe qui correspondrait au cas de la petite fille de cinq ans. On n'accorda, par conséquent, aucune compensation. Les ressources du droit civil aujourd'hui sont donc considérablement moindres qu'elles ne l'étaient il y a quatre-vingts ans. La raison en est la suivante : il n'y a pas de hors-texte.

## Conclusion : Coucher avec le Code

Il y a quelques années, alors que j'étais encore étudiant de droit à McGill, un de nos professeurs nous conseilla de « coucher avec nos codes ». Il entendait par là, bien entendu, que nous nous familiarisions le plus possible avec le Code. Par contre, ce qui frappa particulièrement mon attention, c'était cette suggestion

latente d'une sorte de fétichisme du texte — quelle perversion bizarre, pensai-je ! Il n'en demeure pas moins que j'en fis l'expérience. Hélas, je m'endormis, tout simplement. Je ne découvris que tout récemment l'édition de Beaudry. Domage : on aurait pu discuter, au moins.

Je n'ai jamais su si mon entretien avec *Les Codes Civils. Édition Critique* correspondait à celui des autres étudiants en droit. Je n'ai pas osé m'en enquérir. J'en ai cependant conclu qu'il est important de questionner comment la loi est écrite, de découvrir son style, comme je souhaite l'avoir démontré dans cet article. Ce n'est qu'ainsi que l'on développe une sensibilité particulière à ce que Bourdieu (1986b : 43) appelle « la force de la forme »<sup>12</sup>.

## Bibliographie

ANONYME

1845 « Law Reports ». *Revue de la Législation et de Jurisprudence*, 1 : 9-10.

ANONYME

1846 « De la codification des lois du Canada ». *Revue de la Législation et de Jurisprudence*, 1 : 337-341.

BAKER G.B.

1985 « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late Victorian Empire », *Law and History Review*, 3 : 219-292.

BAKER G.B., K. Fisher, V. Masciotra et B. Young

1987 *Sources in the Law Library of McGill University for a Reconstruction of the Legal Culture of Quebec, 1760-1890*. Montréal : Faculty of Law and Montreal Business History Project, McGill University.

BAKHTIN M.M.

1981 *The Dialogic Imagination* (trad. K. Clark et M. Holquist). Cambridge, Mass. : Harvard University Press.

BAUDOUIN J.L.

1975 « L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada », *Canadian Bar Review*, 53 : 715-737.

BEAUCHAMP J.J.

1895 « De l'étude et de la pratique du droit », *La Revue Légale* (n.s.), 1 : 8-20.

BEAUDRY E.

1872 *Le questionnaire annoté du Code Civil du Bas Canada*. Montréal : Beauchemin & Valois.

12. Je tiens à remercier S. Gignac, S. Pinard et A. Laflèche pour les nombreux débats que nous avons eus au sujet de cet article, ainsi que la Fondation du Barreau du Québec et le C.R.S.H.C. (subvention n° 410-88-0301), qui leur permet d'y participer en tant qu'assistants de recherche. Je suis aussi profondément reconnaissant pour les commentaires d'un évaluateur anonyme. J'assume évidemment la responsabilité entière de toutes les opinions exprimées dans ce texte.

BELLEFEUILLE E.

- 1879 *Le Code Civil Annoté étant le Code Civil du Bas Canada*. Montréal : Beauchemin & Valois.

BIBAUD M.

- 1862 *Notice historique sur l'enseignement du droit en Canada*. Montréal : Louis Perrault.

BOURDIEU P.

- 1986a « Habitus, code, codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 : 40-44.  
 1986b « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 : 3-19.

BRIERLEY J.E.C.

- 1968 « Québec's Civil Law Codification : Viewed and Reviewed », *McGill Law Journal*, 14 : 520-594.  
 1979 « The Co-existence of Legal Systems in Québec : 'Free and Common Socage' in Canada's 'pays de droit civil' », *Cahiers de Droit*, 20 : 277-312.  
 1986 « Québec Legal Education Since 1945 : Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities », *Dalhousie Law Journal*, 9 : 5-44.

CAIRNS J.W.

- 1987 « Employment in the *Civil Code of Lower Canada* : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », *McGill Law Journal*, 32 : 673-709.

CASTEL J.G.

- 1962 *The Civil Law System of the Province of Québec*. Toronto : Butterworths.

COMMISSION DE LA CODIFICATION

- 1865 *Civil Code of Lower Canada : Sixth and Seventh Reports*. Québec : Desbarats.

CRÉPEAU P.-A.

- 1985 *Les Codes Civils. Édition critique*. Montréal : Chambre des Notaires.

DETIENNE M. (dir.)

- 1988 *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*. Lille : Presses universitaires de Lille.

DURHAM J.G.L.

- 1963 *Lord Durham's Report* (G.M. Craig, éd.). Toronto : McClelland and Stewart.

GLENN H.P.

- 1987 « Persuasive Authority », *McGill Law Journal*, 32 : 261-289.

GOODY J.

- 1977 *The Domestication of the Savage Mind*. Cambridge : Cambridge University Press.  
 1986 *The Logic of Writing and the Organization of Society*. Cambridge : Cambridge University Press.

HAMELIN J. et Y. Roby

- 1971 *Histoire économique du Québec, 1851-96*. Montréal : Fides.

HANDLER R.

- 1988 *Nationalism and the Politics of Culture in Québec*. Madison : University of Wisconsin Press.

HOWES D.

- 1985 « Property, God and Nature in the Thought of Sir John Beverly Robinson », *McGill Law Journal*, 30 : 365-414.
- 1987 « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Québec Law, 1875-1929 », *McGill Law Journal*, 32 : 523-558.
- 1988 « Dialogical Jurisprudence » : 71-90, in W.W. Pue et B. Wright (éds), *Canadian Perspectives on Law and Society : Essays in Legal History*. Carleton : Carleton University Press.
- 1989 « The Origin and Demise of Legal Education in Québec », *University of New Brunswick Law Journal*, 39 (à paraître).

JOHNSON W.S.

- 1905 « Legal Education in the Province of Québec », *Canadian Law Review*, 4 : 451-457, 491-499.

KOLISH E.

- 1980 *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : attitudes et réactions des contemporains*. Thèse de Doctorat, Université de Montréal (inédite).

LAMONDE Y.

- 1972 *Historiographie de la philosophie au Québec (1853-1970)*. Montréal : Hurtubise H.M.H.

LIVERPOOL N.J.O.

- 1984 « The History and Development of the St. Lucia Civil Code » : 303-324, in R.A. Landry et E. Caparros (éds), *Essays on the Civil Codes of Québec and St. Lucia*. Ottawa : University of Ottawa Press.

LORANGER T.T.J.

- 1873 *Commentaire sur le Code Civil du Bas Canada*. Montréal : Brassard.

LORIMIER C.C. et C.A. Vilbon

- 1871 *La bibliothèque du Code Civil de la Province de Québec*. Montréal : La Minerve.

LOWE D.

- 1982 *History of Bourgeois Perception*. Chicago : University of Chicago Press.

M.

- 1846 [sans titre]. *Revue de la Législation et de Jurisprudence*, 1 : 471-476.

MACDONALD R.A.

- 1985 « Understanding Civil Law Scholarship », *Osgoode Hall Law Journal*, 23 : 573-613.

MAUSS M.

- 1950 *Sociologie et anthropologie*. Paris : Presses Universitaires de France.

MCCORD T.

- 1867 *The Civil Code of Lower Canada*. Montréal : Dawson.

MIGNAULT P.B.

- 1923 « L'avenir de notre droit civil », *La Revue du Droit*, 1 : 56-73.
- 1925 « The Authority of Decided Cases », *Canadian Bar Review*, 3 : 1-25.
- 1932 « Les rapports entre le droit civil et la « common law » au Canada, spécialement dans la province du Québec », *Revue du Droit*, 11 : 201-223.

## NORMAND S.

- 1987 « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité de droit civil », *McGill Law Journal*, 32 : 559-601.

## OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL

- 1978 *Projet du Code Civil*. Québec : Éditeur officiel.

## ONG W.J.

- 1958 *Ramus, Method, and the Decay of Dialogue*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press.  
 1971 *Rhetoric, Romance and Technology*. Ithaca : Cornell University Press.  
 1982 *Orality and Literacy : The Technologizing of the Word*. London : Methuen.

## OUELLET F.

- 1966 *Histoire économique et sociale du Québec, 1760-1850 : Structures et conjoncture*. Montréal : Fides.

## SHARP W.P.

- 1889 *Civil Code of Lower Canada*. Montréal : Périard.

## TANCELIN M.

- 1980 « Comment un droit peut-il être mixte ? » : 1-32, in F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas Canada* (trad. M. Tancelin). Toronto : Butterworths.

## TRENHOLME N.W.

- 1980 « The New Chief Justice », *Legal News*, 13 : 44-48.

## WALTON F.P.

- 1899 « The Civil Law and the Common Law in Canada », *La Revue Légale*, 5 : 329-345.

## WATSON A.

- 1981 *The Making of the Civil Law*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press.

## WHITE J.B.

- 1984 *When Words Lose Their Meaning : Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*. Chicago : The University of Chicago Press.

## YOUNG B.

- 1981 *Georges-Étienne Cartier : Montréal Bourgeois*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.

## JURISPRUDENCE CITÉE

*Cité de Québec c. Mahoney* (1901), *Banc du Roi*, 10 : 378.

*Corporation d'Aubert Gallion c. Roy* (1892), *Supreme Court Reports*, 21 : 456.

*Curley c. Latreille* (1919), *Supreme Court Reports*, 60 : 131.

*Doolan c. Corporation of Montréal* (1868), *Lower Canada Jurist*, 13 : 71.

*Despatie c. Tremblay* (1921), [English] *Appellate Cases* : 702.

*Lapierre c. A.G. Québec* (1985), *Supreme Court Reports*, 1 : 241.

*Québec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry* (1920). [English] *Appellate Cases* : 662.

*Regent Taxi c. Congrégation des Petits Frères de Marie* (1929). *Supreme Court Reports* : 650.

*Renaud c. Lamothe* (1902). *Supreme Court Reports*, 32 : 357.

*Shawinigan Carbide Co. c. Doucet* (1909). *Supreme Court Reports*, 42 : 281.

## RÉSUMÉ/ABSTRACT

### *La domestication de la pensée juridique québécoise*

Cet article examine l'histoire de la culture juridique québécoise depuis les années 1840 jusqu'à aujourd'hui, la transformation de ses moyens et de ses rapports de communication. On y montre que la culture des années 1840 était encore à prédominance orale, et que la tradition orale dans l'organisation du savoir, à savoir la rhétorique et le débat, persista, malgré la codification des lois du Bas-Canada en 1866, jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle. Durant les années 1920, par contre, on insista plutôt sur l'analyse et l'exégèse, la logique de l'écriture (et de la codification) ayant finalement été intériorisée par le corps judiciaire. Cette intériorisation eut un impact énorme sur le contenu du système juridique, comme le suggère l'ouvrage de J. Goody, *The Domestication of the Savage Mind*.

### *The Domestication of the Québec Legal Mind*

This essay examines the history of Québec legal culture from the 1840s to the present from the perspective of the transformations in its means and relations of communication. It is shown that in the 1840s the culture was still predominantly oral, and that the oral tradition in the organization of knowledge — *e.g.* rhetoric and disputation — persisted, despite the codification of the laws of Lower Canada in 1866, into the twentieth century. In the 1920s the emphasis shifted to analysis and exegesis, the logic of writing (and codification) having finally been interiorized by the legal corps. This interiorization had a massive impact on the content of the legal system, as the work of J. Goody, particularly *The Domestication of the Savage Mind*, would lead one to expect.

David Howes  
Département de sociologie  
et d'anthropologie  
Université Concordia  
Montréal (Québec)  
Canada H3G 1M8